

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a preprint version which may differ from the publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/162371>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-08 and may be subject to change.

De strafrechter en art. 359a Sv. Over de restrictieve en de extensieve stroming en de argumenten voor het sanctioneren van vormverzuimen

Dr. mr. S. Brinkhoff¹

1. Inleiding

De reactie van de strafrechter op vormverzuimen in het voorbereidend onderzoek blijft zowel binnen als buiten de rechtszaal doorlopend voer voor discussie opleveren.² Hoewel een op art. 359a Sv gebaseerde sanctie altijd zeer zaaksgebonden is, de strafrechter bekijkt immers per zaak of en zo ja welke strafprocessuele sanctie dient te volgen op een vormfout, worden in de jurisprudentie meer en meer twee haaks op elkaar staande stromingen zichtbaar: de restrictieve en de extensieve stroming. In deze bijdrage bepleit ik de noodzaak van de extensieve stroming binnen de strafrechtspraak, draag ik hiervoor argumenten aan en werp ik op dat een uitbreiding van art. 359a Sv de bezwaren van de restrictieve stroming kan beperken. Voordat ik hiertoe overga, ga ik in op de twee genoemde stromingen en werp ik licht op de meer en meer zichtbaar wordende restrictieve lijn van de Hoge Raad. Dat de focus van deze bijdrage ligt bij de extensieve stroming, betekent niet dat ik de argumenten van de restrictieve stroming niet valide acht. Het gaat mij er om dat ik uit de, door de Hoge Raad ‘aangestuurde’, rechtspraak destilleer dat de argumenten voor de extensieve stroming dreigen te worden ondergesneeuwd en dat hierdoor een disbalans in de (afwezigheid van de) reactie van de strafrechter op vormverzuimen ontstaat.

2. Restrictieve en extensieve stroming

Vanuit de restrictieve stroming wordt (impliciet) beoogd de toepassing van art. 359a Sv te beperken. Deze stroming wordt ingegeven door de notie dat de in het voorbereidend onderzoek begane vormfouten zoveel mogelijk buiten het strafproces dienen te worden gesanctioneerd. Hierachter gaat de gedachte schuil dat een verdachte, met het oog op de belangen die vanuit de maatschappij samenhangen met een deugdelijke afdoening van een strafzaak, niet strafprocessueel behoort te profiteren van eventuele missers van politie en/of openbaar ministerie (OM) in een opsporingsonderzoek. In het bijzonder de zwaarste sancties van bewijsuitsluiting en het niet-ontvankelijk verklaren van de officier van justitie hebben immers veelal netto tot gevolg dat de verdachte vrijuit gaat en dus profiteert van de vormfout. Bij het toepassen van strafvermindering is van profiteren in veel mindere mate sprake. Vanuit

¹ dr. mr. S. Brinkhoff is als universitair docent verbonden aan de vaksectie straf(proces)recht en criminologie van de Radboud Universiteit Nijmegen.

² De grote aandacht die hiervoor in de literatuur bestaat, laat dat onder meer zien. Zie in dat verband R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken* (diss. Nijmegen RU), Deventer: Kluwer 2014, P.T.C. van Kampen, ‘“Informed consent” en de rechtspraak ex artikel 359a Sv’, *DD* 2013, 15, M.J. Borgers, ‘De toekomst van artikel 359a Sv’, *DD* 2012, 25, T. Kooijmans, ‘Elk nadeel heb z’n voordeel?’, *DD* 2011, 78, S. Brinkhoff, ‘De toepassing van artikel 359a Sv anno 2016. Een pleidooi voor herstel van balans en de terugkeer naar echte rechterlijke vrijheid’, *DD* 2016, 8, F.C.W. de Graaf en L. Kesteloo, ‘Welke mogelijkheden bestaan er om op grond van artikel 359a Sv rechtsgevolgen te verbinden aan fouten in het strafdossier?’, *DD* 2016, 21 en J. Nan, ‘Een deugdelijk verweer inzake vormfouten’, *Advocatenblad* 2016, 3.

de restrictieve stroming wordt het strafprocessueel profiteren als onwenselijk bestempeld. Hierdoor zou op onaanvaardbare wijze afbreuk (kunnen) worden gedaan aan zwaarwegende belangen als de waarheidsvinding en de rechten van slachtoffers en nabestaanden. De Hoge Raad oordeelt hoofdzakelijk vanuit dit gezichtspunt.³ Hierbij pas natuurlijk wel gelijk de kanttekening dat in het bijzonder bij schending van regels die van doen hebben met het eerlijk proces van art. 6 EVRM ook de Hoge Raad nog ruimte laat voor sanctionering op grond van art. 359a Sv.

Vanuit de extensieve stroming lijkt de gedachte te bestaan dat vormfouten wel degelijk, en als het ware ruimhartiger, binnen het strafproces dienen te worden gesanctioneerd. Binnen deze stroming staan twee aspecten op de voorgrond. Ten eerste de concrete schending van de rechten van de verdachte. Als hier door een vormfout sprake van is, dan zijn de strafrechters binnen deze stroming eerder geneigd hier een consequentie aan te verbinden. Ook al gaat het ‘slechts’ om regels die betrekking hebben op de bescherming van het recht op privacy van art. 8 EVRM. Dit eerste aspect valt binnen deze stroming vaak impliciet samen met een tweede aspect, de signaalfunctie, die wat verder verwijderd is van een concrete schending van de rechten van de verdachte. Concreet doel ik met de signaalfunctie op het gegeven dat door het opleggen van een strafprocessuele sanctie door de strafrechter het signaal wordt gegeven aan politie en OM dat zij zich aan de door de wetgever gecreëerde regels en achterliggende normen moeten houden, zuiver dienen te zijn in opsporing en vervolging en zoveel mogelijk transparant dienen te zijn in strafprocedures. Is hier geen sprake van, dan volgt een strafprocessuele sanctie.⁴ Mooi voorbeeld van een uitspraak binnen de extensieve stroming is het arrest van het Hof Amsterdam van 21 december 2015 over de zogenaamde dynamische verkeerscontrole, waarin het hof het signaal afgeeft dat het toepassen van deze methode in strijd acht met het beginsel van misbruik van bevoegdheid en dat het inzet van deze methode het vertrouwen van de burger in de overheid beschadigt.⁵ De uitspraak van het Hof Den Bosch van 29 januari 2016 kan in deze context ook niet onvermeld blijven. In deze zaak past het hof de zwaarste strafprocessuele sanctie toe nu de rol van een structureel door de politie ingezette burger niet aan de vormvereisten voldoet en hier door politie en OM onvoldoende openheid over is betracht.⁶

2. De lijn van de Hoge Raad: de restrictieve stroming

Dat de Hoge Raad de restrictieve lijn in de toepassing van art. 359a Sv aanhangt, is voor het eerst duidelijk zichtbaar geworden in zijn standaardarrest van 19 februari 2013 over de sanctie van bewijsuitsluiting.⁷ Vooraleer ik tot een bespreking van dit arrest over ga, noem ik twee andere aspecten die een leiden tot een restrictievere toepassing van art. 359a Sv. Het eerste aspect is dat van de verdediging een deugdelijk verweer omtrent art. 359a Sv wordt verwacht om in cassatie maar enig kans van slagen te hebben. Dit wil met name zeggen dat de

³ Hoge Raad 19 februari 2013, *NJ* 2013, 308 m.nt. Keulen

⁴ Zie in dit verband Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7633 en Rb. Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2015:7986.

⁵ Hof Amsterdam 21 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5307.

⁶ Hof Den Bosch 29 januari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:242.

⁷ Hoge Raad 19 februari 2013, *NJ* 2013, 308 m.nt. Keulen.

verdediging op basis van de in het tweede lid van art. 359a Sv genoemde factoren (te weten het belang van het geschonden voorschrift, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt) onderbouwd moet aangeven waarom een in art. 359a Sv genoemde sanctie moet worden toegepast.⁸ Het tweede aspect is dat, in het verlengde van het vorige, de Hoge Raad een zelfde toetsing van de feitenrechter vereist in het geval van het opleggen van een in art. 359a Sv genoemde sanctie.⁹ Op zich is deze lijn van de Hoge Raad cassatietechnisch zuiver en eveneens te billijken nu het de diverse actoren in het strafproces ertoe verplicht om zo zuiver en goed onderbouwd mogelijk aan te geven waarom een bepaalde strafprocessuele sanctie moet worden opgelegd of daadwerkelijk op wordt gelegd. De kanttekening die hierbij wel moet worden geplaatst, is dat het in het bijzonder voor de verdediging lang niet altijd even gemakkelijk is een dergelijk deugdelijk verweer te voeren. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als in een eerder fase van het geding een onderzoek naar een (vermeend) vormverzuim, bijvoorbeeld door het horen van rechtmatigheidsgetuigen of het inzien van interne stukken, niet is gehonoreerd door de feitenrechter.¹⁰

Terug naar het standaardarrest van 19 februari 2013 en de restrictieve lijn van de Hoge Raad die hieruit kan worden gedestilleerd. Het hoogste rechtscollege beperkt hierin immers in belangrijke mate de toepassing van de sanctie van bewijsuitsluiting tot schendingen van de uit art. 6 EVRM voortvloeiende regels voor een eerlijk proces. Eerder werd deze beperking al aangebracht voor het toepassen van de sanctie van de niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie.¹¹ In het arrest uit 2013 wordt in relatie tot de sanctie bewijsuitsluiting overwogen dat aan een ongerechtvaardigde inbreuk op het privacybeschermende art. 8 EVRM geen strafprocessuele sanctie hoeft te worden verbonden, zolang maar sprake is van een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM. Het arrest biedt in specifieke omstandigheden, buiten het bereik van de regels voor een eerlijk proces, wel aanknopingspunten om (in theorie) tot de sanctie van bewijsuitsluiting over te kunnen gaan. De Hoge Raad somt immers drie situaties op waarin deze sanctie kan volgen, namelijk: 1) als dit noodzakelijk is ter verzekering van het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM, 2) als een ander (dus niet art. 6 EVRM) belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden en de sanctie van bewijsuitsluiting noodzakelijk is om toekomstige vergelijkbare vormverzuim te voorkomen en een krachtige stimulans te laten bestaan tot handelen in overeenstemming met de voorgeschreven norm en 3) bij structurele vormverzuimen die niet onder de eerste twee categorieën vallen.

Hoewel de Hoge Raad in dit standaardarrest dus diverse mogelijkheden voor bewijsuitsluiting opsomt, biedt de hierna gevolgde jurisprudentie van het hoogste rechtscollege alleen voorbeelden van het toepassen van deze sanctie in het geval van een schending van art. 6 EVRM.¹² Zelfs moet opgemerkt worden dat de Hoge Raad bij een schending van het eerlijk

⁸ Zie Hoge Raad 6 januari 2015, NJ 2015, 109, Hoge Raad 10 maart 2015, NJ 2015, 357 en Hoge Raad 5 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:9.

⁹ Zie Hoge Raad 22 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2775 en Hoge Raad 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1388.

¹⁰ Zie hierover S. Brinkhoff, *Startinformatie in het strafproces*, Deventer: Kluwer 2014 en S. Brinkhoff, 'Afgeschermd informatie in het strafproces. Over conflicterende belangen en de noodzaak van modernisering', *Strafblad* 2015-4.

¹¹ Zie Hoge Raad 30 maart 2004, NJ 2004, 376, m.nt. Buruma.

¹² Zie Hoge Raad 6 oktober 2015, NJ 2015, 430 en Hoge Raad 7 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1115.

proces, door de afwezigheid van een advocaat bij het politieverhoor, ruimte laat voor de minder zware sanctie van strafvermindering en zelfs de enkele vaststelling van de vormfout als optie geeft.¹³ Tot op heden zijn de hierboven onder 2) (schending ander belangrijk voorschrift of rechtsbeginsel) en 3) (structurele vormverzuimen) genoemde redenen voor bewijsuitsluiting in cassatie telkens onderuit gegaan.¹⁴

Samengevat krijgt de restrictieve lijn van de Hoge Raad ten eerste concreet vorm door de noodzaak van de rechterlijke reactie op vormverzuimen *de facto* te versmallen tot schendingen van art. 6 EVRM en krijgt deze lijn ten tweede nadere gestalte door veel te verlangen van de deugdelijkheid van verweren van de verdediging en de motivering van de feitenrechter met name in de gevallen waarin, los van die regels van een eerlijk proces, strafprocessuele sanctionering om een andere reden volgt.

3. De echo van de restrictieve stroming en argumenten voor de extensieve stroming

De restrictieve lijn van de Hoge Raad is cassatietechnisch zuiver; deze dwingt terecht de verdediging en de strafrechter ertoe om scherp te zijn als het gaat om art. 359a Sv. Bovendien is het op zich, gelet op de belangen die samenhangen met een effectieve en geloofwaardige strafrechtspleging, niet verkeerd om terughoudend om te gaan met het verbinden van strafprocessuele gevolgen aan vormfouten. Toch moet ervoor worden gewaakt dat door de restrictieve lijn van de Hoge Raad een meer extensieve kijk op het strafprocessueel sanctioneren ondergesneeuwd raakt. Het gevaar hiervan is met name dat de echo van de restrictieve stroming in volle omvang de rechtspraktijk gaat bereiken. Met alle gevolgen van dien. Welk *negatief* signaal wordt hierdoor immers afgegeven aan politie en OM? Is het te cynisch gedacht als dit kan leiden tot een situatie waarin het naleven van wet- en regelgeving, bijvoorbeeld op het terrein van de privacybescherming, niet of minder noodzakelijk wordt geacht nu dit achteraf toch strafprocessueel ongesanctioneerd blijft? Deze echo kan tot een neerwaartse spiraal leiden die de integriteit en de zuiverheid van opsporing en vervolging kan aantasten.

Om deze echo te stoppen, is een krachtige extensieve stroming nodig die anno 2016 in het bijzonder van de feitenrechter lijkt te moeten komen. Argumenten voor deze rol van de feitenrechter zijn in de eerste plaats te ontleen aan de ontstaansgeschiedenis van art. 359a Sv en in de tweede plaats aan de aanbevelingen van de Commissie van Traa, de parlementaire commissie die midden jaren '90 van de vorige eeuw een oordeel velde over verschillende aspecten van de toenmalige strafrechtelijke rechtspraktijk. Uit de wetsgeschiedenis kan allereerst worden ontleend dat de wetgever de feitenrechter een leidende *en* vrije rol heeft ten aanzien van de afweging van het soort sanctie dat kan volgen op een onherstelbaar vormverzuim in een strafzaak.¹⁵ De gedachte is dat de wetgever de vormvoorschriften vaststelt en dat de feitenrechter de rechtsgevolgen bepaalt van schending van deze voorschriften. De feitenrechter wordt op dit punt dus veel vrijheid geboden en het lijkt uitdrukkelijk niet de bedoeling van de wetgever te zijn geweest om de mogelijkheden van

¹³ Hoge Raad 22 december 2015, *NJ* 2016, 52 m.nt. Klip.

¹⁴ Zie Hoge Raad 22 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2775 en Hoge Raad 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1388.

¹⁵ *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 705, nr. 3 (MvT).

strafprocessuele sanctionering door de feitenrechter te beperken. Een tweede argument voor deze rol van de feitenrechter is, zoals aangegeven, te vinden in het belangwekkende eindrapport van de Commissie Van Traa uit het jaar 1996.¹⁶ Hier relevant is de volgende overweging van de Commissie van Traa:

*‘De wetgever dient het gebruik en de organisatie van de opsporingsmethoden te normeren. De uitvoerende macht dient op te sporen en te vervolgen volgens de normen van de wetgever. De rechterlijke macht dient van het gebruik van de methoden aan deze normen te toetsen’.*¹⁷

Een laatste stap die in de hierboven geciteerde overweging van de Commissie Van Traa niet wordt gezet, maar die hier wel uit kan voortvloeien is dat als bij het door de feitenrechter toetsen van de wijze van opsporing blijkt van niet-normconform handelen van politie en/of OM, de weg openligt voor het sanctioneren van dit handelen.¹⁸ In het hierboven weergegeven evenwicht tussen wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht is het immers *ook* de taak van de strafrechter om zorg te dragen voor het normconform handelen door politie en OM. De Commissie Van Traa overwoog immers dat de rechterlijke macht de wijze van opsporing dient te toetsen aan de door de wetgever gecreëerde normen. Natuurlijk kan worden gediscussieerd over de aard en omvang van de sanctionering en het gegeven dat hiertoe eerst kan worden overgegaan als de rechten van de verdachte zijn geschonden, maar het zuivere punt blijft wat mij betreft overeind staan dat er, ook vanwege het staatsrechtelijke evenwicht waar de Commissie Van Traa op wijst, voor de strafrechter een belangrijke taak ligt in het sanctioneren van vormverzuimen.

4. Uitbreiding van art. 359a Sv?

5. Slot

¹⁶ De Commissie van Traa wordt eind 1994 ingesteld na politieke commotie over de opheffing van het interregionaal rechteam (IRT) Noord-Holland/Utrecht. De commissie heeft onder meer de opdracht onderzoek te doen naar het functioneren van en de controle op de opsporing. *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 072, nrs. 10, 11, 14 en 15 (eindrapport ‘Inzake Opsporing’ van de Parlementaire Enquêtecommissie Opsporingsmethoden en de daarbij behorende bijlagen V en VI).

¹⁷ *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 072, nrs. 10 en 11 (eindrapport ‘Inzake Opsporing’ van de Parlementaire Enquêtecommissie Opsporingsmethoden en de daarbij behorende bijlagen V en VI), p. 415.

¹⁸ Zie, meer in algemene zin, over de ontwikkelingen die zich na het eindrapport van de Commissie Van Traa hebben voorgedaan Y. Buruma, ‘Bijzondere opsporingsmethoden: 12,5 jaar na Van Traa, *DD* 2008, 7 en Y. Buruma, ‘Wat de geschiedenis leert: 20 jaar na ‘Van Traa’’, *NJB* 2015, p. 1848.

4. Slot